

Ventajas del fideicomiso de garantía respecto de las clásicas garantías reales

Karin Giselle Kennedy Giménez¹

Sumario

Es ampliamente conocido que quien contrae una obligación responde con su patrimonio íntegro, que constituye la garantía común de sus acreedores. También es conocido que, producido el incumplimiento, el acreedor que esté dotado del título que avale sus pretensiones puede exigir el cumplimiento de su crédito coactivamente.

Pero, dada la situación impredecible de que pueden concurrir al reclamo otros acreedores y que quizás la garantía común, el cual es el patrimonio íntegro del deudor, no satisfaga a todos por igual, surge a veces la necesidad de asegurar el cumplimiento de la obligación, y aquí entran en escena las garantías privilegiadas.

A la hora de garantizar obligaciones, surge por excelencia la garantía hipotecaria y en menor medida la prenda, ambas instituciones reguladas en nuestro Código Civil en el Libro IV.

En este artículo consideraremos un tipo de garantía en auge, diferente a la tradicional hipoteca, el fideicomiso de garantía. Apelaremos principalmente al ordenamiento positivo que regula el fideicomiso de garantía en Paraguay, dando prevalencia al estudio de las ventajas de este tipo de garantía frente a otras y resaltando sus efectos y la dinámica que representa.

Abstract

It is widely known that a debtor answers the non-compliance of its contractual obligations with all its assets, which constitute the common security of the debtor's creditors. Hence, upon the presentation of the enforceable title, the creditors' can coercively demand the payment of the debt.

¹ Abogada por la Universidad Nacional de Asunción. Actualmente prestando servicios en el estudio jurídico Altra Legal (desde agosto 2014).

Anyhow, given the uncertainty in the number of creditors one same debtor may have, and in order to avoid a potential conflict in which the common security -the debtor's assets- is not enough to satisfy all of the latter's obligations, the parties may choose to include in their contract not only the payment obligation, but a privileged security right as well.

When discussing secured transactions, mortgages are the best known, while to a minor extent, movable assets pledged as guarantee of an obligation. Both institutions are regulated by the Paraguayan Civil Code in its Fourth Book.

This article discusses "*trust*", a booming type of guarantee. It is mainly based on Paraguayan state law and focuses on highlighting its dynamics and the advantages trust pose in our society.

Introducción

La búsqueda de alternativas posibles para sortear los inconvenientes que plantean las garantías tradicionales parece ser un sendero saludable, en particular si se tiene en cuenta la importancia que tiene el crédito para el desarrollo de un país o región².

Particularmente, en nuestro país, a la hora de garantizar obligaciones surge como la más popular la garantía hipotecaria. A través de la figura de la hipoteca, se grava un inmueble determinado, que continúa en poder del constituyente, en garantía de un crédito cierto en dinero³.

Ante el incumplimiento del deudor, existen dos posibilidades, la primera es que, y mediando buena voluntad por parte del constituyente, se proceda a una dación en pago o de lo contrario el acreedor deberá iniciar el correspondiente juicio ejecutivo hipotecario para el recupero del crédito.

En caso de que ocurra la segunda posibilidad, con el inicio del juicio ejecutivo hipotecario, la verdadera odisea inicia para ambas partes de la relación obligacional, ya que son conscientes del largo camino que les queda por recorrer en tribunales.

² Iturbide, Gabriela A. El fideicomiso de garantía. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. p.37

³ Artículo 2.356 del Código Civil

Como alternativa, rige en nuestro sistema normativo la ley 921 de 1996, de los Negocios Fiduciarios, en donde se prevé la posibilidad de constituir fideicomisos de garantía. Los fideicomisos de garantía vienen revolucionando nuestro mercado en los últimos años, debido al crecimiento acelerado, la novedad y las ventajas que representan en comparación con otros tipos de garantía.

A través de los fideicomisos de garantía, el fideicomitente transfiere al fiduciario, de manera irrevocable, la titularidad de un derecho o la propiedad de uno o más bienes especificados, con el objeto de asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones⁴.

Además, en esta modalidad de contratación el fideicomitente prevé un mecanismo para solucionar voluntariamente una obligación si ella en el futuro no puede ser satisfecha oportunamente.

En el presente artículo, trataremos al ras los puntos más resaltantes de esta figura. En primer término, (I) analizaremos brevemente la institución del fideicomiso de garantía. A continuación, (II) estableceremos un paralelo entre la hipoteca y el fideicomiso de garantía y, asimismo, (III) indicaremos las ventajas que representa la garantía fiduciaria. Seguidamente, (IV) hablaremos de la transferencia de propiedad en los contratos de fideicomiso de garantía y de (V) la ejecución de las obligaciones del fideicomiso. Finalmente, (VII) discutiremos sobre la elección del fuero arbitral como método de resolución de controversias.

- I -

La institución del fideicomiso de garantía. Delineamientos generales.

Por lo general, en los contratos de fideicomiso de garantía, se ven involucradas tres partes, el fideicomitente - deudor, el beneficiario - acreedor y el fiduciario. Entre las partes se celebra un contrato, en donde el fiduciario recibe las instrucciones del fideicomitente y se compromete a cumplirlas a cabalidad; y, el beneficiario presta su consentimiento para ser constituido como tal en el contrato.

⁴Artículo 40 de la Resolución N° 12 del 2011 del Directorio del Banco Central del Paraguay - Reglamento de operaciones fiduciarias

De lo expuesto, podemos definir al fideicomiso, como un negocio jurídico a través del cual una parte recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad se le transfiere a título fiduciario, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé un destino previamente convenido.⁵

A través del fideicomiso de garantía, se pueden garantizar toda clase de obligaciones dinerarias cuya exigibilidad se encuentre sujeta a plazo o condición, independientemente del documento que sirva para instrumentar tales obligaciones.

Además, los bienes transferidos en garantía pueden ser de cualquier tipo, empezando por las más comunes que son los bienes inmuebles, pasando por bienes muebles y llegando inclusive hasta títulos de crédito.

La novedad que representa esta institución es que, a través de esta modalidad de contratación, el fideicomitente está previendo un mecanismo para solucionar voluntariamente una obligación si ella en el futuro no puede ser satisfecha oportunamente.

Este mecanismo voluntario consiste en la enajenación del bien transferido en garantía, por parte del fiduciario, cuyo procedimiento se sujetará a las instrucciones impartidas por el fideicomitente en el acta constitutiva del fideicomiso.

Hay que ser conscientes que para que el fideicomiso de garantía sea calificado como un éxito, debe tenerse en cuenta ciertos factores, siendo los cardinales, la buena fe como principio rector del contrato, además de la intención y el firme propósito de pago por parte del fideicomitente-deudor.

Por otro lado, tenemos los factores externos que también juegan un rol preponderante, como lo es la correcta y eficaz redacción del contrato de fideicomiso, documento en cual estarán contenidas las instrucciones por parte del fideicomitente al fiduciario.

Por estos simples motivos, coincidimos con el autor argentino Lascala y creemos que el fideicomiso constituye una forma efectiva de acortar riesgos, aislar bienes y darles a éstos un destino a futuro⁶.

⁵ CARREGAL, Mario. El Fideicomiso. Buenos Aires, 1982. p.47

⁶ LASCALA, Jorge Hugo. Práctica del fideicomiso. Astrea. Buenos Aires, 2013. p.13

Paralelo entre la Hipoteca y el Fideicomiso de Garantía

En el presente apartado responderemos a tres preguntas que nos ayudarán a distinguir la diferencia entre estas dos instituciones; (1) ¿Qué tipo de bienes pueden darse en garantía?; (2) La propiedad, ¿con cuál de las garantías se pierde? ¿Qué consecuencias trae esto?; (3) ¿Cómo se ejecuta la garantía?

1. ¿Qué tipos de bienes pueden darse en garantía?

La hipoteca puede ser definida como un derecho real de garantía a través del cual se grava un inmueble determinado, que continúa en poder del constituyente, en garantía de un crédito cierto en dinero⁷.

La diferencia con el fideicomiso de garantía es de considerable importancia; la hipoteca, como lo establece nuestro código civil, sólo puede recaer sobre determinados bienes inmuebles, en cambio el fideicomiso puede recaer también sobre bienes muebles.

Tal sería el caso, de un fideicomiso de garantía, en donde la garantía se constituya sobre facturas a créditos cedidas en propiedad al fiduciario, con el fin de que en caso de incumplimiento, las mismas puedan hacerse efectivas y el resultado sea destinado para el cumplimiento de la obligación. En esta situación en particular nos encontramos ante una garantía fiduciaria de títulos de crédito.

2. La propiedad, ¿con cuál de las garantías se pierde? ¿qué consecuencias trae esto?

Otra diferencia destacable es que el acreedor hipotecario no adquiere en propiedad el inmueble, derecho que se mantiene en el patrimonio del constituyente y, por lo tanto, continúa siendo “prenda común de todos sus acreedores”. Al ser así, cualquier otro acreedor podría solicitar que se liquidara dicho bien para cobrar su acreencia, sin perjuicio, claro está, del privilegio que goza el acreedor hipotecario.

Sin embargo, en el fideicomiso de garantía, sí se da la transferencia a título de fideicomiso a favor del fiduciario. Consecuentemente, el bien dado en garantía se

⁷ Conf. arts. 2.356, 2.357, 2.358, y concs. Código Civil

desplaza del poder de disponibilidad del fideicomitente así como también es excluido de su patrimonio.

3. *¿Cómo se ejecuta la garantía?*

La forma de ejecución de la garantía es otra gran diferencia entre estas instituciones, ya que la ejecución de la hipoteca está regulada por la ley, no pudiéndose pactar una diferente a la ya establecida.

En el fideicomiso de garantía no ocurre tal cosa, siendo éste un contrato mediante el cual las partes disponen de antemano la forma en la cual se producirá el proceso de liquidación, sin necesidad de recurrir a instancias judiciales. Profundizaremos sobre esta cuestión en el siguiente título.

- III -

Ventajas del Fideicomiso de Garantía

La principal ventaja es la creación de un patrimonio autónomo. ¿Qué quiere decir esto? Con la formación de un patrimonio autónomo se logra blindar el bien objeto de la garantía, situándolo fuera del alcance de los acreedores del fideicomitente, y no sólo de él sino también del mismo fiduciario y hasta del beneficiario.

Además de la creación de un patrimonio autónomo, las partes preestablecen el proceso de liquidación del bien, para el caso de que no se pueda cumplir con la obligación. Esto quiere decir que el acreedor no tendrá que entablar un proceso judicial para lograr el pago de su acreencia.

Si bien esto, a primera vista, no podría ser considerado como una ventaja, ya que, tanto la hipoteca como la prenda poseen procedimientos ejecutivos especiales, que deberían tender a la celeridad de la ejecución, no es menos cierto que la astucia de algunos abogados, sumado muchas veces al colapso de los tribunales, pueden tornar un

proceso ejecutivo en uno ordinario, con la interposición de simples excepciones, reposiciones y apelaciones, que sólo tienen intenciones dilatorias y que hacen que el proceso se torne engorroso para el acreedor que intenta cobrar su crédito y al mismo tiempo redundan en perjuicio del deudor, que sólo ve que la suma debida aumenta con el paso del tiempo, debido a la aplicación de intereses y honorarios⁸.

En el fideicomiso de garantía, esta situación se previene totalmente, ya que una adecuada y específica determinación de la manera en el que fiduciario deberá proceder a la venta de los bienes fideicomitados reducirán notablemente los costos de la ejecución, lo que, en definitiva, beneficiará a ambas partes: al acreedor, porque verá concretarse de una manera más ágil el cobro de su crédito, y al deudor, porque la obtención de un precio real de mercado, indudablemente superior al que se puede conseguir en un remate, le posibilitará obtener el remanente del precio.

Podemos concluir diciendo que las principales ventajas ofrecidas por los fideicomisos de garantía son la conformación de un patrimonio autónomo y el acuerdo previo de la forma de liquidación del bien transferido en garantía en caso de incumplimiento de la obligación.

- IV -

Transferencia de propiedad en los contratos de fideicomiso de garantía

Como habíamos indicado en párrafos anteriores, en los contratos de fideicomiso de garantía se da una transferencia de la propiedad del bien dado en garantía, a título de fideicomiso, a favor del fiduciario.

Tratándose de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia de la propiedad a nombre del fiduciario. Pasando, consecuentemente, el bien dado en garantía a conformar un patrimonio autónomo.

En el fideicomiso, por expreso mandato de la Ley N° 921/96, los bienes fideicomitados salen definitivamente del patrimonio del fideicomitente siendo

⁸ ITURBIDE, Gabriela A. El fideicomiso de garantía. Hammurabi. Buenos Aires. p.511 y sgts.

reemplazados por derechos fiduciarios, perdiendo consecuentemente, la potestad o facultad de disposición que antes poseía.

Disposición que consideramos acertada, ya que le otorga una especial ubicación jurídica a los bienes motivo del fideicomiso, porque no debemos olvidar que el objeto del negocio jurídico, en caso de incumplimiento, es afectar esos bienes a una finalidad determinada. A continuación haremos una breve mención de (1) la situación jurídica de los bienes fideicomitados y (2) los efectos frente a terceros.

1. La situación jurídica de los bienes fideicomitados

Los bienes fideicomitados dejan de ser prenda general de los acreedores del fideicomitente, de suerte que no podrán ser perseguidos o embargados judicialmente por otros acreedores del fideicomitente no cobijados por la garantía fiduciaria⁹.

Tampoco forman parte de la prenda general de los acreedores del fiduciario y sólo amparan las obligaciones expresamente designadas en el acto constitutivo del fideicomiso.

Menos aún, pueden ser perseguidos o embargados por los acreedores del o de los beneficiarios, quienes, aunque no tienen propiamente la calidad de parte contractual en el fideicomiso, adquieren todos los derechos que en la reglamentación y en la Ley N° 921/96 se establecen a su favor, particularmente, los relacionados con el mantenimiento del valor de la garantía y con el pago preferencial de sus acreencias con cargo al patrimonio autónomo.

2. Los efectos frente a terceros

A falta de alguna de las formas impuestas por la ley para la transmisión de la propiedad del bien registrable dado en garantía, no será oponible a terceros el negocio de fideicomiso.

Por ello entendemos que constituyéndose el fideicomiso sobre bienes registrables, el negocio jurídico podrá surtir efectos entre partes desde que exista consentimiento y tradición; pero respecto de terceros, para la oponibilidad será

⁹ Artículo 43 de la Resolución N° 12 del 2011 del Directorio del Banco Central del Paraguay - Reglamento de operaciones fiduciarias

imprescindible que se verifiquen las formas impuestas y que se tome razón en el registro que corresponda.

- V -

Ejecución del fideicomiso

El empleo del fideicomiso de garantía no ha sido pacífico en los países donde finalmente se impuso en la doctrina y en la jurisprudencia, como México y Colombia.

Las críticas fundamentales giraron en torno a que es violatorio del derecho a la defensa en juicio y a la garantía del debido proceso, y también de la prohibición del pacto comisorio¹⁰.

Así, el pacto comisorio en garantía, en su aspecto típico, es el convenio entre deudor y acreedor para que los bienes ofrecidos en garantía real por el primero ingresen de manera inmediata en el patrimonio del segundo, si llegado el vencimiento del crédito, cuya satisfacción que aquéllos salvaguardan, no se cumple¹¹.

La resolución N° 12 del 2011 del Directorio del Banco Central del Paraguay, hace mención a estas alegaciones, indicando que el contrato de fideicomiso constituye un acto de buena fe, por lo que se descarta que el fideicomiso de garantía comporte un fraude a la ley, pues no implica la violación a la misma ni contraría las normas del Código Civil que prohíben la figura conocida como “pacto pignoraticio” o “pacto comisorio”, habida consideración que (i) el fiduciario no es el acreedor; (ii) el beneficiario-acreedor no goza de una garantía real sobre los bienes fideicomitados; (iii) no es el beneficiario-acreedor el que realiza la garantía fiduciaria a su favor, y, (iv) el fiduciario al pagar la deuda, cumple una obligación contractual.

- VI -

Elección del fuero arbitral

La elección del arbitraje, como medio de solución de conflictos en los contratos de fideicomiso de garantía, responde en su origen al principio de la autonomía de la

¹⁰ Iturbide, Gabriela A. El Fideicomiso de garantía. Hammurabi. Buenos Aires Argentina. p. 521 y ss.

¹¹ DURÁN RIVACORA - De Reina Tartiere. La prohibición del pacto comisorio en materia de garantías. ED. p. 205

voluntad, por el cual las partes deciden no acudir a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la resolución de sus desavenencias al fuero arbitral.

Debemos mencionar que la existencia de una cláusula de esta índole no impide su posterior renuncia, la que puede darse de manera expresa o tácita. La última hipótesis ocurriría en el caso, sí, por ejemplo, deducida la demanda se la contesta sin oponer la excepción correspondiente.

Dentro del marco general de la ley, las partes pueden crear, modificar y extinguir todo tipo de relaciones de carácter patrimonial privado a través de contratos, por lo que concluimos que de esta misma manera las partes tienen la facultad de optar por el medio de solución de conflictos bajo el cual se van a someter en caso de que se generen controversias.

Nuestra normativa admite el arbitraje como método de solución de conflictos, así tenemos lo dispuesto en nuestra Constitución Nacional en el Art. 248 que establece que sólo el Poder Judicial puede decidir en los casos de carácter contencioso sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado.

En este mismo sentido, el Código de Organización Judicial vigente establece, en su Art. 2 que la función jurisdiccional será ejercida por el Poder Judicial y por los jueces árbitros y arbitradores. Por lo tanto, se otorga a los árbitros la misma función de jurisdicción que poseen los magistrados judiciales.

Siguiendo esta línea de disposiciones, la ley de negocios fiduciarios establece que en el acto constitutivo podrá estipularse que los conflictos surgidos entre el fideicomitente y el fiduciario o el beneficiario, según el caso, por razón de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación del negocio fiduciario se sometan a la decisión de Árbitros¹².

Pero, ¿qué pasará si una de las partes de la relación contractual alega nulidad del contrato de fideicomiso? ¿Implica esto recurrir a los tribunales jurisdiccionales para exigir la anulación del contrato?

¹² Artículo 44 Ley 921/96 de Negocios Fiduciarios

Si una de las partes alega la nulidad del contrato de fideicomiso deberá recurrir, indefectiblemente, al Tribunal Arbitral.

Las partes suscribieron un contrato privado teniendo como principio rector la autonomía de la voluntad, éste principio sólo se ve limitado en caso de que se pacten sobre cuestiones que excedan a la voluntad de las partes.

Aún en el hipotético caso que el contrato fuera nulo, bajo ningún concepto puede si quiera considerarse que también correrá con la misma suerte la cláusula arbitral.

Es universalmente reconocido que la cláusula arbitral no es un accesorio del acuerdo base, sino que es propiamente un contrato dentro del contrato, por lo que se predica su separabilidad del contrato base y en todo caso, el fuero arbitral es el competente para decidir sobre la validez e invalidez del contrato.

La cláusula arbitral es un contrato separado del contrato principal en virtud al principio de la autonomía y separabilidad de la cláusula arbitral. Este principio consiste en que la cláusula arbitral se considera separada del contrato principal del que forma parte y, por ello, subsiste a la terminación y/o nulidad del contrato¹³.

En este mismo sentido se consagra en la Ley 1879 del 2002 de Arbitraje y Mediación, que reconoce el principio de la separabilidad al disponer que la cláusula arbitral deba ser considerada como un acuerdo independiente al contrato base.

La mencionada ley agrega que la nulidad del contrato, no conlleva de pleno la nulidad de la cláusula arbitral. El Art. 19 de la Ley de Arbitraje y Mediación claramente dispone “...una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del Tribunal Arbitral de que el contrato es nulo no entrañara ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.”

Es decir, la validez de la cláusula arbitral, no depende de la existencia, validez o ejecutabilidad del contrato en el cual está contenida.

¹³ Hunter, Redfern. Pág. 167

El principio de la autonomía del pacto arbitral va más allá y es allí donde realmente adquiere mayor importancia, pues de acuerdo con el mismo, la nulidad del contrato no afecta la cláusula que forma parte del mismo.¹⁴

Este principio constituye hoy en día un principio fundamental en materia de arbitraje. Además de consideraciones puramente técnicas que le sirven de fundamento, el mismo obedece al deseo de asegurar que se logre lo que las partes quisieron cuando celebraron el pacto arbitral, esto es, que sus litigios vinculados al contrato se decidan a través de árbitros.

En conclusión, si se ha pactado una cláusula arbitral – con independencia de la validez o no del contrato – todas las controversias que surjan del contrato están reservadas para ser resueltas por un fuero arbitral, en virtud del principio de la autonomía y separabilidad de la cláusula arbitral

CONCLUSIÓN

Ante la necesidad de alternativas para evitar los inconvenientes que plantean las garantías tradicionales, creemos que el fideicomiso de garantía es un medio que supera en cuanto a seguridad y eficacia a otros tipos de garantía tradicionales, como lo son la hipoteca y la prenda, puesto que su principal ventaja es que al conformarse un patrimonio autónomo, se evita recurrir a los tribunales judiciales y consecuentemente se escapa, por así decirlo, del costo y tiempo que representa litigar en los tribunales.

Consideramos que los argumentos expuestos en el presente artículo son lo suficientemente valederos para sostener que el fideicomiso de garantía, es un elemento que va tomando cada vez más fuerza por la eficacia que representa al momento de la ejecución de la garantía.

Tenemos la convicción de que el fideicomiso de garantía puede ser un elemento trascendental y puede ser utilizado como un gran impulso al crecimiento económico de nuestro país.

Palabras claves: fideicomiso, garantía, hipoteca, fideicomiso de garantía, ejecución.

¹⁴ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. El Principio de la Autonomía del Contrato de Arbitraje o Pacto Arbitral. Legis. Pág. 90

Key words: escrow, warranty, mortgage, guarantee trust, execution